

FABIANO MOTA CARDOSO

**A PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Carlos Bastide Horbach

Brasília

2009

SUMÁRIO

RESUMO	3
INTRODUÇÃO	4
1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	7
1.1 Conceito	7
1.2 Garantias Processuais	12
1.2.1 Devido Processo Legal	13
1.2.2 Ampla Defesa e Contraditório	15
1.3 Sindicância	17
1.4 Processo Administrativo Disciplinar	19
2 SÚMULA Nº 343 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	24
2.1 MS nº 10.837/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 13/11/2006	26
2.2 Demais precedentes	29
3 SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	34
3.1 RE nº 434.059-3/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 12/09/2008	34
3.2 Demais precedentes	40
4 INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO STF	44
4.1 Controle Judicial dos Processos Administrativos Disciplinares	44
4.2 Nulidades	49
4.3 Mitigação da Aplicabilidade da Súmula Vinculante	53
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	67

RESUMO

O presente trabalho aborda o debate em torno da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, iniciando seu estudo pelos princípios constitucionais aplicáveis aos processos administrativos, bem como pelo seu regramento pertinente. Após esta fase, é realizado um cotejo entre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adotando o posicionamento deste como o mais adequado para atender as garantias constitucionais. Assim, com base em uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, este trabalho final de curso pretende apresentar uma visão constitucional do tema proposto em face da necessidade, ou não, de uma defesa técnica no âmbito administrativo disciplinar.

Palavras chaves: direito administrativo; processo administrativo disciplinar; advogado.

INTRODUÇÃO

O campo de atuação de um advogado é bastante amplo, abrangendo, além da jurisdição contenciosa, a jurisdição voluntária, a elaboração de contratos, os processos administrativos, dentre outras funções. O papel do profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil é de suma importância em nossa sociedade, chegando ao ponto da Carta Republicana de 1988 prever expressamente como função essencial à justiça a figura do advogado.

Tal patamar não se deve a questões políticas ou financeiras, pois o operador do direito desenvolve atividades relevantes para o justo desenvolvimento de nossa sociedade, zelando pela manutenção da ordem social, bem como das instituições mantidas pelo poder público. Portanto, o funcionamento imparcial do Poder Judiciário, com a devida observância do ordenamento jurídico, é à base de sua atuação profissional, não devendo agir seguindo interesses próprios, ou de terceiros, mas em prol da devida aplicação do direito por parte dos magistrados.

Apesar de estar pacificado o entendimento de que o advogado é figura indispensável ao funcionamento do judiciário, tal posicionamento não se aplica aos processos administrativos, principalmente em relação àqueles cujo objetivo é a apuração de possíveis infrações disciplinares cometidas por servidores públicos.

Este debate não se iniciou agora, estando presente desde a publicação da Lei nº 8.112/90, tendo passado por diversos capítulos, inclusive pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de tachar como violação ao ordenamento jurídico o

prosseguimento de processo administrativo disciplinar sem a presença obrigatória do advogado em todas as fases processuais.

Tal entendimento prevaleceu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça gerando inúmeros questionamentos de ordem prática e até moral. É impossível não se indagar se aqueles funcionários públicos que lesaram os cofres públicos em quantias astronômicas terão, a despeito de ter havido violação ao devido processo legal, o direito de retornar ao serviço público, já que os seus respectivos processos disciplinares estavam maculados em virtude da ausência de advogado regularmente constituído nos autos.

Entretanto, não obstante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal firmou recente posicionamento, cristalizado na Súmula Vinculante nº 5, no sentido de que não há qualquer violação ao ordenamento jurídico, principalmente ao texto constitucional, o prosseguimento de tais processos sem ter havido a regular constituição de advogado nos autos para realizar a defesa técnica dos investigados na esfera administrativa.

Para definir o campo de atuação dos advogados no âmbito administrativo disciplinar é necessário abordar, preliminarmente, os princípios constitucionais ligados aos processos administrativos disciplinares, bem como ao regular desenvolvimento destes.

Superada tal fase, é oportuno analisar a jurisprudência dos tribunais superiores acerca do assunto, destacando os pontos basilares de seus respectivos enunciados.

Por fim, caberá a análise dos aspectos doutrinários acerca do assunto, apresentando uma solução que agregue os princípios abordados inicialmente com a tese jurisprudencial predominante.

Sendo assim, o presente trabalho abordará o desenrolar da discussão acerca da obrigatoriedade ou não do advogado no âmbito disciplinar administrativo, realizando uma análise dos fundamentos da decisão do Superior Tribunal de Justiça, sem se desvincular do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a participação dos advogados em tais feitos é uma faculdade conferida aos investigados na área administrativa, sendo que, se houver prejuízo em virtude da ausência de uma defesa técnica, o investigado poderá se valer do Poder Judiciário para afastar qualquer ilegalidade, desde que comprovado efetivamente o prejuízo.

1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

1.1 Conceito

Durante muito tempo, a jurisprudência divergiu acerca da obrigatoriedade, ou não, de uma defesa especializada, realizada por advogado, nos processos administrativos disciplinares.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de sua Súmula nº 343¹, entendeu que não atende aos princípios constitucionais a ausência deste profissional no âmbito administrativo disciplinar, sendo a sua constituição, seja como contratado pelo servidor investigado seja como defensor dativo, obrigatória.

Divergindo deste posicionamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a Súmula Vinculante nº 5² no sentido de que não constitui exigência constitucional a presença obrigatória de bacharel em direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) nos processos administrativos disciplinares.

Para realizar um confronto entre estes posicionamentos, faz-se necessário analisar o que seria um processo administrativo, em especial o disciplinar, bem como as garantias constitucionais aplicáveis a ele e à Administração Pública.

¹ Súmula nº 343 do STJ - É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

² Súmula Vinculante nº 5 do STF - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Não há, entre os doutrinadores pátrios, um consenso acerca da terminologia a ser utilizada - processo ou procedimento - sendo que, até a legislação utiliza tais termos sem demonstrar uma diferenciação precisa. (MELLO, 2005).

O processo visa atingir determinado objetivo, criando uma relação jurídica entre seus integrantes, por meio da qual, resultará, em decorrência de uma seqüência de atos ordenados, num fim específico. (CARVALHO FILHO, 2007).

Para alcançar tal finalidade, será necessário seguir uma seqüência lógica, pré-estabelecida, de atos. Esta seqüência, que consiste num instrumento de realização do processo, denomina-se procedimento. (CARVALHO FILHO, 2007).

O processo administrativo caracteriza-se por uma bilateralidade, vez que há dois pólos na relação estabelecida, de um lado o particular e de outro, o Poder Público. (CARVALHO FILHO, 2007).

Apesar desta indefinição quanta à utilização de processo ou procedimento, adotaremos o termo processo administrativo, uma vez que é utilizado comumente para designar os casos onde haja contencioso administrativo. Além disso, a Lei nº 8.112/90, bem como a Lei nº 9.784/99, que disciplinam o assunto, adotaram referido termo. (MELLO, 2005).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p.455), procedimento administrativo ou processo administrativo é:

“uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir procedimento ou processo cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo,

entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como “autonomia relativa”.

Já os processos administrativos disciplinares visam apurar possíveis irregularidades cometidas pelos servidores públicos no exercício de suas atribuições, ou até mesmo transgressões que possuam correlação com o desempenho das funções inerentes ao cargo ocupado. (ROZA, 2005).

Tal instrumento regulamentado pela Lei nº 8.112/90, e pela Lei nº 9.784/99, consiste numa forma de regular a tutela da hierarquia no serviço público, servindo para verificar a ocorrência de alguma violação aos preceitos legais com a posterior aplicação da sanção correspondente. (SILVA, 2004).

Esta responsabilidade administrativa pode resultar de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função. Portanto, é necessário que tal processo investigatório decorra de ação ou omissão ligada, direta ou indiretamente, com a função exercida ou com o cargo ocupado, não podendo ser desencadeado para apurar possíveis infrações, penais ou civis, não relacionadas com a atividade desempenhada. (MATTOS, 2003).

Ademais, para que haja um processo administrativo é necessária a existência de indícios de autoria e materialidade da infração praticada, não podendo ele ser desencadeado sem a presença de justa causa.

Sendo assim, não se admite, em observância a segurança jurídica, a instauração de processo, sob o fundamento de uma acusação genérica, para que no curso de instrução verifique-se, ou não, a transgressão de algum dever disciplinar. (MATTOS, 2003).

Neste sentido, o artigo 144, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90³ veda a existência de procedimento genérico, sem justa causa, sendo necessário que o suposto ilícito configure, ao menos em tese, infração disciplinar ou ilícito penal, entendimento este compartilhado pela Lei nº 9.874/99, que estabeleceu como critério a ser observado pela Administração Pública a adequação entre os meios e fins, sendo vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. (MATTOS, 2003).

Desta forma, o processo administrativo disciplinar não se constitui num meio de perseguição, mas sim num instrumento hábil para verificar a ocorrência de alguma transgressão das normas funcionais. Estando a Administração Pública vinculada ao Estado Democrático de Direito, ela deverá atuar de forma que alcance o bem comum, objetivo este que se completa com a observância dos princípios constitucionais ligados ao poder público e aos atos administrativos em gerais. (HANGER, 2001).

Somente o servidor público⁴, subordinado ao regime estatutário, estará sujeito ao processo administrativo disciplinar, não sendo este aplicável aos demais agentes públicos. Deste modo, somente os agentes ocupantes de cargos públicos⁵, vinculados ao Estado de forma profissional e de caráter permanente, estarão submetidos aos ditames dos processos administrativos disciplinares. (MELLO, 2005).

³ Artigo 144 da Lei nº 8.112/90 - As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

⁴ Artigo 2º da Lei nº 8.112/90 – “Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público”.

⁵ Artigo 3º da Lei nº 8.112/90 – “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

Tal relação estabelecida entre o Poder Público e o servidor estatutário não possui índole contratual, visto que ela não se enquadra nas relações jurídicas de direito privado, se submetendo assim a todo o arcabouço regulatório das relações estabelecidas entre os entes públicos, em posição de supremacia, e os particulares. (CARVALHO FILHO, 2007).

Outrossim, os empregados públicos, apesar de serem servidores estatais, são regidos pelas regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não estando subordinados aos preceitos da Lei nº 8.112/90. Tais agentes públicos não serão submetidos aos processos administrativos disciplinares, pois estes não são aplicáveis aos trabalhadores da iniciativa privada. (MELLO, 2005).

O regime dos empregos públicos, por força da Lei nº 9.962/00, está vinculado aos preceitos trabalhistas contidos na CLT. Tal relação é de índole contratual, sendo celebrado um contrato de trabalho entre o ente público e o empregado. (CARVALHO FILHO, 2007).

Ante o exposto, pode-se conceituar o processo administrativo disciplinar como um instrumento, regulado pela Lei nº 8.112/90, e subsidiariamente pela Lei nº 9.784/99, posto a disposição do Poder Público, com o fim de regular a tutela hierárquica no serviço público, por meio do qual, desde que haja indícios de autoria e materialidade, será averiguada uma possível transgressão, por parte dos servidores públicos, aos deveres funcionais. (CARVALHO FILHO, 2007).

Definido o que seria o processo administrativo disciplinar, é oportuno analisar as garantias que lhe são aplicáveis.

1.2 Garantias Processuais

Todo ato administrativo que importe numa sanção deverá observar, e assegurar, as prerrogativas básicas contidas no texto constitucional. Tal condição decorre do atual estado democrático de direito contido no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Além das garantias constitucionais, o diploma legal dos servidores públicos assegurou aos seus tutelados diversas prerrogativas visando o desempenho de atividades desvinculadas de ingerências dos demais agentes públicos, principalmente daqueles que possuem uma natureza transitória. Entretanto, além dessas benesses, é prevista uma quantia considerável de deveres, proibições e responsabilidades que, em caso de inobservância poderá ensejar as mais diversas penalidades. (MELLO, 2005).

Somando-se as normas contidas na Constituição e no Estatuto dos Servidores Públicos, a Lei nº 9.784/99 acrescentou a este rol, de forma expressa, outras garantias que deverão ser observadas pelo Poder Público, ao dispor em seu artigo 2º que:

“a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Além do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, a legislação confere outras garantias aos servidores públicos, protegendo-os de possíveis desvios da Administração, bem como conferindo maior validade a uma possível sanção imposta.

Conforme já mencionado, o artigo 2º da Lei nº 9.784/99 estipulou que o administrador público deverá obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Assim, além de reafirmar garantias contidas no texto constitucional, o legislador acrescentou a este rol outras que contribuirão para o desencadeamento, com base no atual Estado de Direito, de um processo administrativo disciplinar que resultará numa decisão imparcial que atenda as exigências constitucionais.

Dentre todas essas garantias, a que merece destaque é a do devido processo legal, sendo derivados desta o contraditório e a ampla defesa.

1.2.1 Devido Processo Legal

Tal garantia, introduzida no texto constitucional⁶, decorre do Estado de Direito, no qual as garantias conferidas aos cidadãos deverão ser observadas, consistindo num limite à atuação estatal frente aos administrados. (CARVALHO FILHO, 2007).

Para realizar sua vontade, é necessário que o agir da Administração Pública esteja dotado de supremacia em relação aos interesses dos particulares, pois a finalidade dos atos administrativos é exercer o disposto na legislação para alcançar o bem comum. Desta forma, para que não haja um desvirtuamento da atuação Estatal, o legislador - tanto o constituinte como o ordinário - assegura aos cidadãos diversas garantias que deverão ser

⁶ Artigo 5º da CF/88 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

observadas em todos os atos administrativos. A observância destas normas de proteção, além de ser uma exigência do princípio da legalidade, constitui uma forma de conferir maior validade aos atos administrativos. (HARGER, 2001).

O devido processo legal possui uma estreita ligação com o princípio da legalidade, pois, em decorrência deste, o servidor público tem o direito de conhecer previamente o procedimento a ser seguido, não sendo pego de surpresa no meio da instrução processual. (CARVALHO FILHO, 2007).

Estando o Poder Público vinculado de forma incondicional ao princípio da legalidade, seus atos deverão encontrar a devida previsão legal, não podendo se afastar das garantias inerentes a todos os cidadãos. Portanto, os processos administrativos deverão observar todas as normas constitucionais ligadas ao devido processo legal. (ROZA, 2005).

Não basta apenas que o rito seja previamente conhecido, deve a Administração Pública seguir de forma incondicional as garantias processuais, não podendo haver inovação, sob qualquer pretexto, na instrução administrativa. (CARVALHO FILHO, 2007).

Num aspecto formal, é assegurando, em virtude do devido processo legal, um arcabouço mínimo de garantias, possibilitando um julgamento desvinculado de interesses particulares objetivando uma decisão imparcial que atenda ao interesse público. (CAMBI; CAMBI, 2006).

Sendo assim, verifica-se que o devido processo legal é extremamente relevante na ótica administrativa, servindo de base para outros princípios constitucionais, como o da ampla defesa, o do contraditório e o do juiz natural. (CAMBI; CAMBI, 2006).

1.2.2 Ampla Defesa e Contraditório

Ambos os princípios constitucionais possuem extrema relevância na atuação da Administração Pública frente aos seus servidores, devendo ser observados de forma incondicional para que haja legitimação de todos os atos praticados no curso da instrução processual.

A Lei nº 8.112/90 estabelece as condições para instaurar o processo administrativo disciplinar, devendo a autoridade competente motivar de forma precisa a correspondente instauração, possibilitando assim que o investigado possa, com base na ampla defesa e no contraditório, apresentar sua versão dos fatos imputados. (ROZA, 2005).

Assim, a ampla defesa e o contraditório possuem contornos extremamente relevantes no âmbito do processo administrativo disciplinar, devendo ser encarados de forma imprescindível para a validade dos atos investigatórios.

Tais princípios, por estarem tão relacionados, chegam a se confundir, uma vez que o contraditório está incluso na ampla defesa. (CARVALHO FILHO, 2007).

As garantias constitucionais pertinentes aos processos não devem ser consideradas isoladamente, devendo ser tratadas de forma conjunta, uma vez que decorrem do princípio constitucional do devido processo legal. (NOBRE JÚNIOR, 2008).

Por ampla defesa, o acusado tem a possibilidade de apresentar a sua versão dos fatos apurados, influenciando de certa forma no juízo de valor do julgador. Já o contraditório está ligado ao conhecimento dos fatos e provas constituídas, bem como na possibilidade de refutar de forma ampla as possíveis acusações narradas. (ROZA, 2005).

A instrução processual disciplinar na esfera administrativa deve assegurar, conforme dispõe o texto constitucional, o direito ao contraditório e a ampla defesa, estando evitado de vício o processo que não atente para tais princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Ademais, dispõe ainda a Carta Constitucional que o devido processo legal é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão, devendo ser observado de forma incondicional pela Administração Pública.

A Constituição definiu como direito fundamental a observância da ampla defesa nos processos administrativos⁷, entretanto não apresentou de forma objetiva como se dará o exercício deste direito. Sendo assim, a Lei nº 8.112/90, bem como a Lei nº 9.784/99, ficaram responsáveis por determinar de forma concreta os contornos da ampla defesa e seu modo de realização nos processos administrativos. O segundo diploma legal prevê as normas gerais aplicáveis a todos os processos administrativos da Administração Pública Federal, já o Estatuto dos Servidores Públicos contempla as normas específicas relativas aos processos administrativos disciplinares. (ABEN-ATHAR, 2007).

⁷ Artigo 5º da CF/88 – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Portanto, o conceito de ampla defesa estará vinculado ao texto legal aplicável ao caso concreto, não podendo este princípio constitucional ser aplicado de forma genérica se houver uma norma específica tratando de sua aplicabilidade. (ABEN-ATHAR, 2007).

Neste sentido, tanto o direito a ampla defesa, quanto o direito ao contraditório, deverão observar os limites contidos no texto constitucional, pois do contrário estaria havendo um abuso de poder. (CARVALHO FILHO, 2007).

Para que a ampla defesa e o contraditório sejam exercidos é necessário o prévio conhecimento do inteiro teor da acusação, com a exposição precisa dos fatos. Caso esta exigência não seja cumprida, as citadas garantias constitucionais não estariam sendo exercidas amplamente, não havendo assim o conhecimento do que se defender. (LEAL JUNIOR, 2002).

Destrinchadas as garantias aplicáveis ao processo administrativo disciplinar, é oportuno analisar as espécies deste, bem como suas fases.

1.3 Sindicância

Com base nas garantias constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis aos processos administrativos, a Administração Pública iniciará o procedimento adequado para apurar a suposta infração praticada. (MELLO, 2005).

Conforme previsto na Lei nº 8.112/90, processo administrativo disciplinar é gênero, tendo como espécies a sindicância e o processo disciplinar.

O primeiro caracteriza-se por ser um procedimento mais simples e célere, destinado a aplicação das penalidades de advertência ou suspensão por até 30 (trinta) dias. O seu prazo de conclusão não superará os 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período.⁸ (MELLO, 2005).

Existem ainda duas espécies de sindicâncias, uma preliminar ao processo administrativo e outra como um processo sumário. A espécie preliminar destina-se a apurar a materialidade da conduta e a possível autoria, quando estes elementos não estiverem claramente definidos, constituindo-se de elementos de apuração prévia ao processo disciplinar. Já na segunda modalidade, que é um procedimento do gênero processo administrativo disciplinar, aplica-se aos casos em que o servidor investigado encontra-se identificado, possuindo elementos que comprovem a materialidade da infração praticada. (MEDAUAR, 2007).

Ao definir quais penas deverão seguir o rito do processo disciplinar, o artigo 146 da Lei nº 8.112/90 fixou, por exclusão, quais penalidades serão apuradas por meio da sindicância.

Artigo 146 da Lei nº 8.112/90 – “Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar”.

Sendo assim, poderão ser aplicadas, por meio de sindicância, as penalidades de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias. Não obstante, por ser um procedimento

⁸ Artigo 145 da Lei nº 8.112/90.

(...)

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.

mais completo, tais infrações sujeitas à sindicância poderão ser apuradas por meio de um processo disciplinar, uma vez que este assegura maiores garantias que a sindicância. (DI PIETRO, 2005).

Assim que tiver conhecimento de irregularidade no serviço público, a autoridade competente é obrigada a promover a sua imediata apuração, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurando sempre o direito à ampla defesa.⁹ (MELLO, 2005).

Da sindicância poderá resultar o arquivamento do processo; aplicação da penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; instauração de processo disciplinar.¹⁰ (DI PIETRO, 2005).

1.4 Processo Administrativo Disciplinar

Conforme definição contida no artigo 148 da Lei nº 8.112/90, processo disciplinar é “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

Ele será desenvolvido em fases, compreendendo a sua instauração, o inquérito administrativo e o julgamento. Seu prazo de conclusão será, nos termos do artigo 152, caput, da Lei nº 8.112/90, de 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato

⁹ Artigo 143 da Lei nº 8.112/90. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

¹⁰ Artigo 145 da Lei nº 8.112/90. Da sindicância poderá resultar:
I - arquivamento do processo;
II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;
III - instauração de processo disciplinar.

que constituir a comissão, sendo possível a sua prorrogação por igual período, quando as circunstâncias o exigirem. (MELLO, 2005).

Conforme determinação do artigo 149, caput, da Lei nº 8.112/90, o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis, sendo que um deles presidirá a instrução processual. Os requisitos para determinar o presidente da comissão é que este seja ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter o nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (MELLO, 2005).

Antes mesmo de formar a comissão processante que irá dirigir os trabalhos de investigação é necessário que haja indícios mínimos da ocorrência de alguma infração ou de sua autoria, ou seja, o simples fato de haver uma suspeita não é suficiente para submeter um funcionário a um sério processo de investigação que poderá surtir em reprimendas extremamente gravosas. (SILVA, 2004).

De posse dos indícios mínimos, a autoridade competente do órgão expedirá a portaria instaurando o processo administrativo disciplinar e nomeando os integrantes da comissão que irá dirigir os trabalhos investigatórios, sendo esta composta por funcionários integrantes do mesmo órgão do servidor investigado. Após a formação da comissão, o servidor será notificado previamente. (SILVA, 2004).

A comissão dará início à fase de inquérito, onde serão produzidas as provas do cometimento ou não da infração, bem como de sua autoria. Nesta fase, o investigado deverá ter uma atuação bastante contundente para que as provas possam ser produzidas com base no devido processo legal e, por consequência, na ampla defesa e no contraditório. (SILVA, 2004).

Verificada a materialidade da infração, com sua respectiva tipificação, será formulado o indiciamento do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas. De posse destes elementos, a comissão providenciará a citação do servidor indiciado, para que este apresente, no prazo de 10 (dez) dias, sua defesa – artigo 161 da Lei nº 8.112/90.

Após notificar o servidor, a comissão providenciará os depoimentos, as acareações, as investigações, as diligências e as perícias. Depois destas providencias, será promovido o interrogatório do acusado. (MEDAUAR, 2007).

Caso o indiciado esteja em lugar incerto e não sabido, ele será citado por edital para apresentar defesa no prazo de 15 (quinze) dias. Se porventura o servidor regularmente citado, tanto pessoalmente quanto por edital, não apresente defesa no prazo legal, ele será considerado revel.¹¹

Sendo declarada a revelia do indiciado, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado - artigo 164 da Lei nº 8.112/90. (MELLO, 2005).

Com base na fase de instrução, o investigado terá a oportunidade específica para demonstrar sua versão dos fatos, abrindo espaço neste momento para apresentar novas provas que comprovem a sua versão contida na defesa. Esta é a etapa mais importante do

¹¹ Artigo 164 da Lei nº 8.112/90. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

§ 1o A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.

§ 2o Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

processo, não podendo ser suprimida nem mesmo pela ausência do próprio investigado, neste caso, ele será substituído por um servidor do próprio órgão que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (SILVA, 2004).

Após a fase de defesa, a comissão encarregada de dirigir os trabalhos deverá elaborar um relatório circunstanciado de toda a instrução processual, sendo obrigatório constar o fato imputado ao servidor, um resumo detalhado de todas as peças principais dos autos, bem como das provas produzidas. Tal relatório deverá ser sempre conclusivo. (SILVA, 2004).

Com a elaboração do relatório, o trabalho da comissão processante se esgotou. Após o envio do processo à autoridade competente para proferir a decisão, caberá a esta acatar a conclusão da comissão ou discordar desta, sendo que, em ambos os casos, a decisão proferida deverá ser motivada com base nas provas produzidas ao longo da instrução processual. (SILVA, 2004).

A autoridade competente, nos termos do artigo 141 da Lei nº 8.112/90¹², proferirá, no prazo de 20 (vinte) dias contados do recebimento do processo, a sua decisão. (MELLO, 2005).

¹² Artigo 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

- I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;
- II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;
- III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;
- IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.

Conforme disposição do artigo 168 da Lei nº 8.112/90, “o julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos”.

Depois de proferida a decisão, sendo esta favorável à aplicação de alguma penalidade, o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada, sendo que da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade. (MEDAUAR, 2007).

Após terem sido analisados os aspectos do processo administrativo disciplinar, com a sua conceituação, regular desenvolvimento e princípios aplicáveis, os precedentes da Súmula nº 343 do STJ deverão ser analisados com base nestes requisitos. Para tanto, as garantias básicas aplicáveis a todos os processos, sejam eles administrativos ou judiciais, ganharão fundamental importância, em especial o direito a um devido processo legal, com seus desdobramentos lógicos, ampla defesa e contraditório.

2 SÚMULA Nº 343 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal súmula decorreu de uma sistemática interpretação dos princípios constitucionais, aplicando-se as garantias anteriormente citadas aos casos submetidos a esta Corte Especial.

Diante disto, foi aprovado o enunciado nº 343 do STJ no sentido de que “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Esta súmula não se limita a aplicar as disposições contidas nos diplomas normativos que regulamentam os processos administrativos disciplinares, ela vai além, conferindo máxima efetividade aos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (NOBRE JÚNIOR, 2008).

Segundo entendimento do STJ, a necessidade de uma defesa técnica no âmbito administrativo disciplinar não decorre da Lei nº 8.112/90, mas sim do próprio texto constitucional. (COSTA JÚNIOR, 2008).

Em diversos julgados, os Ministros levantaram a tese de que para satisfazer as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório seria necessária a presença obrigatória de advogado regularmente constituído, ou de defensor dativo, gerando nulidade a autodefesa na hipótese de o acusado não possuir habilitação científica em Direito. Tal presunção era absoluta, ou seja, não havendo uma defesa técnica, a nulidade deveria ser declarada, não se perquirindo se a defesa produzida foi suficiente. (LESSA, 2008).

Neste sentido, os julgadores transportaram normas aplicáveis ao processo penal para os processos administrativos disciplinares, sob a alegação de que em ambas as situações existem a figura dos acusados, e não de meros litigantes. (SOUSA, 2008).

Parte da doutrina já considerava, antes mesmo desta súmula do STJ, obrigatória a presença dos advogados nos processos administrativos disciplinares, devendo, em caso de inércia do acusado, a própria Administração Pública nomear advogado dativo, sob pena de nulidade. (MEDAUAR, 2007).

Após esse posicionamento do STJ, alguns doutrinadores, que já divergiam do entendimento acima, aduziram que tal exigência consiste num rigor formal excessivo, que somente deveria ser aplicável aos casos em que o servidor investigado não possua condições para patrocinar uma defesa técnica ou nos casos em que a penalidade a ser aplicada seria a pena de demissão ou de casação de aposentadoria. (NOBRE JUNIOR, 2008).

Tal corrente defende, ainda, que o processo administrativo disciplinar possui características que o distinguem do processo judicial, sendo estas decorrentes das prerrogativas aplicáveis a Administração Pública. (ASSIS, 2008).

Além do mais, as garantias decorrentes do devido processo legal – ampla defesa e contraditório – são direitos do servidor investigado, devendo este utilizar tais garantias segundo a sua conveniência. Mas caso ele não possua condições de arcar com as despesas de um advogado, será necessário que o próprio acusado solicite a ajuda da Defensoria Pública, e não que a Administração Pública nomeie defensor dativo. (ASSIS, 2008).

Feitos estes esclarecimentos, deve-se passar para uma análise mais detida da Súmula nº 343 do STJ, sendo que tal posicionamento foi estipulado a partir do MS nº 10.837/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 13/11/2006, possuindo este como precedentes o RMS nº 20.148/PE, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ 27/03/2006; o MS nº 10.565/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ 13/03/2006; o MS nº 9.201/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJ 18/10/2004 e o MS nº 7.078/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 09/12/2003.

2.1 MS nº 10.837/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 13/11/2006

Ao julgar o MS nº 10837 – DF, os Ministros do STJ decidiram que a inexistência de nomeação de defensor dativo afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Em tal julgado, foi definida a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1. Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica.
2. A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunidade ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante

todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes.

4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada.

Em seu voto, vencido, o então relator originário, Ministro PAULO GALLOTTI, não verificou qualquer violação, indeferindo a ordem sob o aspecto de que foram observados os dispositivos legais da Lei nº 8.112/90, em especial os artigos 151, 153 e 156, tendo o impetrado sido notificado acerca da instauração do processo administrativo disciplinar, podendo assim acompanhar pessoalmente ou por intermédio de seu procurador todas as fases processuais.

Alegou ainda que a omissão do servidor não pode acarretar nulidade, sendo que a constituição de advogado na fase de instrução do inquérito configura uma opção do investigado. Por fim, após citar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹³, o Ministro aduziu que “não há que se falar em nomeação de defensor dativo, que se torna obrigatório diante da revelia do servidor após o seu indiciamento formal e citação para apresentação de defesa”.

Divergindo do relator, a Ministra LAURITA VAZ proferiu voto no sentido de tachar de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório a inexistência de nomeação de defensor dativo. Para tanto, a Ministra aduziu, em seu voto, que:

“(...) apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no

¹³ MS nº 23.192/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/4/2001
AgRg no RE nº 244.027/SP, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 28/6/2002

âmbito penal -, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica. Vale dizer, caso tivesse o Impetrante constituído advogado desde o início do processo, não se poderia cogitar de ofensa ao contraditório, na hipótese de nem o defensor nem o acusado optarem por não comparecer às audiências de instrução. Isto porque, embora os bens jurídicos envolvidos em ambos os casos sejam de valor relevante (“emprego” e “liberdade”), somente este último constitui direito indisponível, daí a obrigatoriedade da presença **efetiva** do defensor desde o início do apuratório em todos os atos do processo, sob pena de nulidade”.

Verifica-se que a Ministra, com base no valor envolvido (liberdade), pretende “trazer” para a esfera administrativa parte da “procedimentalidade” do âmbito penal, como requisito de formação de uma relação jurídica válida. Ou seja, para que a defesa, bem como a instrução processual, sejam consideradas válidas é necessária a constituição de defensor dativo, vislumbrando-se assim a existência de uma defesa técnica.

Por fim, a Ministra, após citar jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, defende a tese de que a garantia constitucional da ampla defesa se perfaz com a efetiva constituição de defensor durante todo o processo administrativo disciplinar, não sendo suficiente a mera oportunidade de se valer de uma defesa técnica.

Completando o julgamento, o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA proferiu seu voto, no mesmo sentido do voto da Ministra LAURITA VAZ, afirmando que, apesar da Lei nº 8.112/90 não trazer expressa disposição quanto à obrigatoriedade do defensor em todas as fases processuais, tal necessidade decorre dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, possuindo assim respaldo no artigo 5º, inciso LV, e artigo 133 da Constituição Federal, bem como no artigo 156 e artigo 159, parágrafo 2º da Lei nº 8.112/90.

Tal entendimento fundamenta-se na idéia de que há uma discrepância entre os pólos da relação jurídica estabelecida entre o servidor e a Administração Pública, devendo,

para que haja igualdade de posições, a efetiva presença do advogado ou de defensor dativo nos processos administrativos disciplinares, conforme exigência constitucional.

Assim como a Ministra LAURITA VAZ, o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA tenta transportar normas do processo penal, invocando para tanto a Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal¹⁴, no sentido de acoimar de nulidade absoluta a ausência de defesa, seja por advogado seja por defensor dativo, do servidor público. Por fim, ainda nesta linha de pensamento, o Ministro posiciona-se no sentido de não haver nenhuma diferenciação, por parte da Constituição, dos acusados na esfera judicial e administrativa.

2.2 Demais precedentes

Ao julgar o RMS nº 20.148/PE, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ 27/03/2006, os Ministros do STJ decidiram que:

“(...) os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo”.

Em tal julgado, foi definida a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADE. ART. 125, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

¹⁴ Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal - NO PROCESSO PENAL, A FALTA DA DEFESA CONSTITUI NULIDADE ABSOLUTA, MAS A SUA DEFICIÊNCIA SÓ O ANULARÁ SE HOVER PROVA DE PREJUÍZO PARA O RÉU

I - O art. 125, § 4º da Constituição Federal é claro ao definir que somente nos casos de crimes militares a competência para decidir sobre a perda do cargo é do Tribunal de Justiça Estadual ou do Tribunal de Justiça Militar. Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Precedentes.

II - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo. Precedentes.

III - Não havendo a observância dos ditames previstos resta configurado o desrespeito aos princípios do devido processo legal, não havendo como subsistir a punição aplicada.

IV - A declaração da nulidade de parte do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida.

V - Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar o acórdão *a quo*, declarando-se a nulidade do processo administrativo, com a conseqüente anulação do ato que impôs a pena ao militar.

Em seu voto, o Relator Ministro GILSON DIPP posicionou-se no sentido de que a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório perfaz-se com a oportunidade de o servidor resistir aos atos investigatórios por intermédio de seu advogado ou de defensor dativo, não sendo compatível a autodefesa com tais princípios.

Neste processo, em específico, o impetrante do Mandado de Segurança utilizou-se do argumento de que não se sentia habilitado para promover sua defesa, bem como não possuía recursos para a contratação de advogado. Informou também que requereu à Administração a nomeação de defensor dativo.

Não obstante estes argumentos, o processo administrativo disciplinar seguiu seu regular processamento sem a presença de um procurador constituído ou de um defensor dativo.

Ao final, os ministros entenderam, por unanimidade, que houve nulidade no processo administrativo disciplinar, anulando a pena aplicada, uma vez que a defesa realizada pelo acusado não era satisfatória.

Em outros precedentes, MS nº 10.565/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ 13/03/2006, e MS nº 9.201/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJ 18/10/2004, os Ministros da Terceira Seção entenderam, por unanimidade, que “independente de defesa pessoal, é indispensável à nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa”.

No mesmo sentido, ao julgarem o MS nº 7.078/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 09/12/2003, os Ministros da Terceira Seção entenderam, mais uma vez por unanimidade, que é corolário da ampla defesa a necessidade de uma defesa técnica nos processos administrativos disciplinares, devendo esta ser realizada por um advogado regularmente constituído, ou por um defensor dativo:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os **acusados em geral**.

2. Ordem concedida.

O Ministro relator, HAMILTON CARVALHIDO, levantou a tese de que decorre diretamente do texto constitucional, mas precisamente do artigo 5º inciso LV, e do artigo 133 da Constituição da República, a necessidade de haver defensor regularmente constituído, não sendo aceitável a autodefesa, em se tratando de servidor sem habilitação científica em Direito.

Por fim, ao concluir, o Ministro expõe que tal exigência decorre da semelhança entre os processos judiciais e os administrativos, havendo em ambas as esferas acusados, e não apenas litigantes. Sendo assim, a garantia constitucional da ampla defesa só se perfaz com a presença obrigatória de procurador constituído ou de defensor dativo.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o STJ tentou dar plena eficácia as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, seguindo o entendimento da doutrina que já reconhecia a exigência de uma defesa técnica no âmbito administrativo disciplinar. Neste sentido (MEDAUAR, 2007, p.309):

No processo disciplinar exige-se defesa técnica. Por isso, o indiciado deve constituir advogado para assisti-lo no processo; se não o fizer, a Administração é obrigada a indicar advogado dativo, sob pena de anulação do processo.

Apesar desta iniciativa do STJ em elaborar o citado enunciado, o STF, pouco tempo depois, tornou inaplicável esse entendimento com a publicação da Súmula Vinculante nº 5, que deverá ser aplicada, obrigatoriamente, pelo Poder Judiciário. Entretanto, tal enunciado não impede a atuação dos advogados nos processos disciplinares, não havendo óbice para que a Administração Pública favoreça a atuação destes profissionais, ou até mesmo o acionamento da Defensoria Pública para efetuar a defesa dos servidores investigados. (SOUSA, 2008).

Após terem sido elencados os motivos que influíram na decisão do STJ, passaremos para o estudo dos precedentes do STF aplicáveis à atuação dos advogados nos processos administrativos disciplinares.

3 SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a edição da Súmula nº 343 do STJ, os ministros do Supremo Tribunal Federal se deparam com os processos que possuíam como tese central o mesmo entendimento contido no enunciado sumular do STJ.

Ao contrário do STJ, os ministros do STF pautaram seu posicionamento no sentido de que a ausência de defensor regularmente constituído no âmbito administrativo disciplinar não viola nenhuma norma constitucional. (SOUSA, 2008).

Depois de decidida a questão apresentada, foram iniciados debates em torno da aplicabilidade de tais decisões, uma vez muitos processos acabavam não chegando ao STF em virtude de especificidades processuais, tanto dos recursos extraordinários quanto dos mandados de segurança e dos recursos ordinários interposto na Suprema Corte.

Diante desta situação, foi apresentada proposta de Súmula Vinculante, tendo a mesma sido aprovada com a seguinte redação: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Tal posicionamento foi estipulado a partir do RE nº 434.059-3/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 12/09/2008, possuindo como precedentes o MS nº 24.961-7/DF, Rel. Carlos Velloso, DJ 4/3/2005; o RE-AgR nº 244.027-2/SP, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 28/5/2002 e o AI-AgR nº 207.197-8/PR, Rel. Octavio Gallotti, DJ 24/03/1998.

3.1 RE nº 434.059-3/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 12/09/2008

Neste processo, que serviu de base para a referida Súmula Vinculante, os Ministros do STF decidiram, por unanimidade, que a defesa dos servidores investigados nos

processos administrativos disciplinares não precisa ser executada, necessariamente, por advogado, não ofendendo assim a Constituição a figura da autodefesa. Foi definida assim a seguinte ementa:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

O Relator, Ministro GILMAR MENDES, ao iniciar seu voto, embasado na doutrina pátria e alemã, apontou que a simples atuação no processo, com a correspondente manifestação do interessado, não se confunde com a extensão do direito de defesa, devendo tal garantia constitucional ser realizada por intermédio do total conhecimento dos atos praticados com a posterior análise, por parte do órgão encarregado de tomar a decisão, dos elementos contidos na pretensão de defesa.

Neste sentido, para o Ministro, a garantia constitucional contida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, contém, além dos direitos expressos neste dispositivo, o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados.

O primeiro direito decorre da garantia que a parte investigada tem de ter ciência do curso da investigação, com o conhecimento de todos os atos praticados, bem como de seus fundamentos.

Não basta ter ciência dos atos investigatórios, é necessário que o investigado possa atuar de forma satisfatória, apresentando seus argumentos, sejam eles fáticos ou jurídicos, acerca dos elementos contidos na investigação.

Completando este tripé, não basta o conhecimento da instrução investigatória e a manifestação do acusado, é necessário, em observância as normas constitucionais, que os argumentos desenvolvidos pelo investigado sejam ao menos considerados pela pessoa ou órgão encarregado de tomar a decisão final, devendo ser proferida de forma imparcial e fundamentada.

Tais garantias decorrentes da ampla defesa e do contraditório possuem aplicabilidade ampla, não se limitando ao contencioso judicial, devendo assim serem observadas na esfera administrativa, principalmente nos processos em que possam resultar restrições de direitos.

Com relação à presença do advogado no processo administrativo disciplinar, a ausência de defesa técnica não afronta a ampla defesa, uma vez que observados os desdobramentos do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 – direito à informação, direito à manifestação e direito de ver seus argumentos considerados – não há que se falar em afronta as garantias constitucionais, pois, no caso, a ampla defesa e o contraditório foram exercidos de forma satisfatória.

Caso tais garantias não sejam observadas, com uma possível ausência de defesa por parte do servidor investigado, tal matéria poderá dar ensejo a um controle judicial do ato disciplinar.

Por fim, ao concluir seu voto, o Ministro GILMAR MENDES, citando precedentes da Corte, expôs a tese de que “a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas”. Tal afirmação decorre dos diversos casos já enfrentados pelo STF, onde foi

estabelecida a possibilidade de dispensa da presença do advogado em determinados processos judiciais, como é o caso do *habeas corpus*, da revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais.

Neste sentido, cabe salientar um trecho da ementa da ADI nº 1.538/UF, Rel. Min. MAURICIO CORRÊA, DJ 05.12.2003, processo este que tratou do controle de constitucionalidade da Lei nº 9.099/95, legislação esta aplicável aos juizados especiais - “não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado”.

Assim, entendeu o Ministro GILMAR MENDES que o STJ havia violado o artigo 5º, inciso LV, e o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, ao determinar a obrigatoriedade do advogado regularmente constituído no âmbito administrativo disciplinar.

O próximo a votar foi o Ministro MENEZES DIREITO que em seu voto acompanhou o relator, frisando que a legislação atinente ao assunto confere a possibilidade da autodefesa aos acusados, devendo apenas haver a ciência do investigado para, caso deseje, apresentar sua defesa.

Seguindo o julgamento, a Ministra CÁRMEN LÚCIA proferiu seu voto acompanhando o relator. Entretanto, fez uma ressalva, segundo a qual o servidor investigado deverá ser assistido por uma defesa técnica, quando alegar e comprovar que a demanda é complexa demais, sendo necessário um conhecimento técnico que não detém, e quando essa faculdade não seria suficiente para atender ao direito de defesa, sob pena de haver um mero simulacro desta garantia.

Também acompanharam o Relator os Ministros JOAQUIM BARBOSA e RICARDO LEWANDOWSKI, tendo este último salientado que apesar da defesa técnica ser parte integrante do devido processo legal, ela se perfaz com a mera intimação do acusado, sendo que seu exercício constitui uma faculdade colocada a disposição do servidor.

Seguindo a linha de pensamento dos outros Ministros, o Ministro CARLOS BRITTO afirmou que exigência de advogado nos processos administrativos disciplinares não decorre da garantia constitucional do devido processo legal, uma vez que a adoção de uma tese contrária “implicaria mais do que a ampla defesa, e sim uma amplíssima defesa, ou seja, uma defesa transbordante”. A exigência de defesa técnica no âmbito administrativo disciplinar iria para além do preceito constitucional, uma vez que tal garantia não se estende a tal ponto.

Ademais, conforme salientou o Advogado-Geral da União, a disposição contida no artigo 133 da Constituição Federal de 1988 não se aplica ao âmbito administrativo, pois tal dispositivo encontra-se inserido num capítulo relativo Poder Judiciário, devendo ser assim entendido como a função jurisdicional do Estado.

Por fim, o Ministro ressaltou uma questão prática, caso seja adotada uma tese contrária a sua, uma vez que em todos os casos que servidor estiver desguarnecido de uma defesa técnica, seja por qualquer motivo, a Administração Pública teria que instar a defensoria pública para participar do processo administrativo disciplinar na condição de advogado do servidor investigado, o que por sua vez acarretaria um aumento significável da demanda de trabalho dos defensores públicos, atrapalhando assim a realização de missão constitucional de defesa dos mais necessitados.

Dando seguimento ao julgamento, o Ministro CEZAR PELUSO proferiu seu voto afastando preliminarmente a aplicabilidade do artigo 133 da Constituição Federal de 1988, uma vez que este se aplica única e exclusivamente aos processos judiciais. Em relação à ampla defesa e ao contraditório, o Ministro afirmou que tais garantias constituem um ônus dos acusados, e não uma obrigação, ou seja, o seu exercício “é comportamento único e necessário para a obtenção de certa vantagem”. A atuação do servidor investigado no processo administrativo disciplinar tem o condão de colaborar para a formação da decisão, não podendo a sua ausência voluntária acarretar em eventual nulidade.

Em seu voto, a Ministra ELLEN GRACIE, afirma que o direito de defesa de qualquer investigado deve ser assegurado, sendo que no caso dos processos administrativos disciplinares, tal garantia pode ser exercida pelo próprio servidor ou por advogado regularmente constituído, conforme previsão contida na Lei nº 8.112/1990. Ademais, mesmo em caso de revelia, o referido diploma legal não prevê a obrigatoriedade da constituição de procurador, devendo a defesa, nessa hipótese, ser realizada por outro servidor de mesmo nível, ou superior, do investigado.

Pro fim, ao concluir o julgamento, o Ministro MARCO AURÉLIO afastou a aplicabilidade do artigo 133 da Constituição Federal de 1988 aos processos administrativos disciplinares, uma vez que tal norma destina-se aos processos judiciais, e, mesmo em relação a estes, a sua aplicabilidade comporta exceções, como é o caso da Justiça do Trabalho. Em relação à ampla defesa e ao contraditório, o artigo 156 da Lei nº 8.112/1990 possibilita a atuação direta do servidor nos processos administrativos disciplinares, podendo esta ser realizada por meio de procurador, que não precisa ser necessariamente um advogado, ou seja,

não decorre do texto legal a obrigatória presença de um bacharel em direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

3.2 Demais precedentes

Já no MS nº 24.961-7/DF, Rel. Carlos Velloso, DJ 4/3/2005, apesar de não tratar especificamente da ausência de advogado nos processos administrativos disciplinares, foi utilizado como precedente da Súmula Vinculante nº 5 do STF, uma vez que o tema central da controvérsia girava em torno da obrigatoriedade, ou não, da presença de advogado no âmbito processual administrativo, pois ao analisar a legalidade do Processo de Tomada de Contas Especial, realizado pelo Tribunal de Contas da União, foi levantada a tese, por parte de um dos investigados, que ele não havia sido regularmente assistido por defensor dativo, violando assim a garantia constitucional do contraditório.

Diante do quadro apresentado, os Ministros entenderam, por unanimidade, que a garantia do contraditório não determina a presença obrigatória de advogado nos processos administrativos, tendo sido proferida a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO.

I. – A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, “DJ” de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, “DJ” de 28.6.2002.

II. – Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação

subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial.

III. – Mandado de Segurança indeferido.

O relator, Ministro CARLOS VELLOSO, ao analisar se o Tribunal de Contas estava obrigado, ou não, a nomear defensor para o investigado, entendeu que tal exigência não existe na esfera administrativa, havendo apenas na esfera judicial. No caso, tendo sido aberta ao acusado a possibilidade deste se defender, não há a ocorrência de qualquer nulidade, uma vez que foram observadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório com os meios e recursos a elas inerentes.

Tal voto foi acompanhado pelos demais ministros.

Em outro precedente da Súmula Vinculante nº 5 do STF, RE-AgR nº 244.027-2/SP, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 28/5/2002, a Primeira Turma, por unanimidade de votos, posicionou-se, com base no voto da Ministra Relatora ELLEN GRACIE, no sentido de que não há que se falar em ofensa as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório quando o investigado em processo administrativo disciplinar não for regularmente assistido por advogado, sendo suficiente para cumprir a norma constitucional a ciência do acusado para, querendo, apresentar seus elementos de defesa. Ademais, a ausência de defensor só ofende a Constituição na esfera judicial, lugar este em que a sua atuação é obrigatória.

Assim, foi definida a seguinte ementa:

Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração,

descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

Pro fim, no AI-AgR nº 207.197-8/PR, Rel. Octavio Gallotti, DJ 24/03/1998, mais uma vez, ao analisar o direito a ampla defesa e ao contraditório em face da ausência de advogado nos processos administrativos disciplinares, a Primeira Turma entendeu, por unanimidade, com base no voto do Ministro Relator OCTAVIO GALLOTTI, que:

“A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado”.

Diante do exposto, percebe-se que o STF, divergindo do STJ, adotou a tese de que o direito à ampla defesa e ao contraditório se perfaz com o direito do servidor investigado ser informado de todos os fatos e provas produzidas ao longo da instrução processual, podendo ele apresentar sua versão para tais elementos, devendo sua defesa ser obrigatoriamente analisada pela comissão processante, que poderá concordar ou não com seus elementos. (PEREIRA, 2008).

Apesar da Súmula do Supremo limitar-se a apontar que o prosseguimento do processo administrativo disciplinar sem a presença de advogado não viola o texto constitucional, os Ministros em seus votos consideraram diversos elementos, e hipóteses, que não foram inseridos no texto da súmula. Diante disso, será necessário, com base nos subsídios até agora elencados, estudar a real aplicação da norma apresentada pelo STF. Para tanto, questões como controle judicial dos atos administrativos, nulidades e interpretação de súmulas deverão ser analisadas para que ao final possa ser apresentada uma interpretação que

congregue a real intenção dos Ministros com as garantias constitucionais aplicáveis aos processos administrativos.

4 INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO STF

4.1 Controle Judicial dos Processos Administrativos Disciplinares

Com base em todo o exposto, verifica-se que os processos administrativos disciplinares visam apurar possíveis irregularidades cometidas pelos servidores públicos no exercício de suas atribuições, ou até mesmo transgressões que possuam correlação com o desempenho das funções inerentes ao cargo ocupado. (ROZA, 2005).

Tal instrumento regulamentado pela Lei nº 8.112/90, bem como pela Lei nº 9.784/99, consiste numa forma de regular a tutela da hierarquia no serviço público, servindo para verificar a ocorrência de violações aos preceitos legais, com a posterior aplicação da sanção correspondente. (SILVA, 2004).

O diploma legal dos Servidores Públicos assegurou aos seus tutelados diversas garantias visando o desempenho de atividades desvinculadas de ingerências dos demais agentes públicos, principalmente daqueles que possuem uma natureza transitória. Entretanto, além dessas benesses, são previstos diversos deveres, proibições e responsabilidades, que em caso de inobservância poderá ensejar as mais diversas penalidades, indo de uma simples advertência até a cassação de aposentadoria. (MELLO, 2005).

Na condução do processo administrativo, a autoridade competente deverá, sob pena de nulidade, observar a legislação aplicável, bem como as garantias contidas no texto constitucional. Caso haja alguma violação a legislação aplicável, o investigado poderá instar o Poder Judiciário para que este decrete a nulidade do ato praticado, assegurando assim um processo justo para o servidor investigado. (PEREIRA, 2008).

Em se tratando dos processos administrativos disciplinares, tal apreciação judicial ocorrerá, em regra, *a posteriori*, pois uma vez praticado o ato em desacordo com o ordenamento jurídico caberá ao Poder Judiciário garantir a observância deste. Desta forma, tal controle realizado pelo órgão judicante consiste num importante instrumento de controle dos atos administrativos disciplinares, uma vez que haverá uma atuação estranha à relação estabelecida até aquele momento, sendo esta imparcial. (MEDAUAR, 2007).

Decorre diretamente do texto constitucional, mas especificamente de seu artigo 5º, inciso XXXV¹⁵, a garantia de que todo servidor investigado possui de ajuizar a demanda específica para assegurar uma justa e imparcial condução dos atos investigatórios. Referida norma, de livre acesso ao Poder Judiciário, consiste num verdadeiro princípio defensor das demais garantias constitucionais. (MELLO, 2005).

Com base nesta norma constitucional, e havendo uma possível violação a direito seu, o servidor investigado poderá instar de imediato a função jurisdicional do Estado, não sendo necessário que haja um prévio esgotamento das instâncias administrativas, ou seja, para o ingresso em juízo basta que haja, apenas, uma possível lesão a direito seu, não sendo exigível, em decorrência do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, um esvaziamento do âmbito administrativo. (MEDAUAR, 2007).

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Este controle judicial da Administração Pública, em especial dos atos disciplinares, consiste, em conjunto com o princípio da legalidade, num dos pilares do Estado Democrático de Direito. (DI PIETRO, 2005).

No Brasil, vigora o sistema da jurisdição una, dispondo assim, ao contrário de países como França, Alemanha, Suécia e Portugal, de apenas uma espécie de jurisdição para julgar as lides entre os particulares e entre estes e a Administração Pública. (MEDAUAR, 2007).

Em regra, e com base na citada garantia Constitucional, o Judiciário possui um controle total e irrestrito de toda e qualquer violação de direitos. Entretanto, existe situações no âmbito administrativo em que o legislador conferiu ao agente público discricionariedade na tomada de sua decisão, devendo esta ser fundada nos princípios norteadores da Administração Pública. Assim, não poderá o órgão judicial encarregado de julgar determinada demanda agir da mesma forma em relação a todos os tipos de atos administrativos. (MEDAUAR, 2007).

Os atos vinculados possuem todos seus componentes elencados na legislação pertinente, ou seja, havendo a previsão legal para a prática de um ato vinculado, o legislador incluirá no ato legal permissivo todos os elementos necessários para sua validade, devendo o agente público responsável pela sua edição agir em conformidade plena com a disposição legal. Neste caso, o Poder Judiciário terá total liberdade para analisar todos os elementos formadores deste ato, uma vez que não foi concedida discricionariedade para a sua prática. (DI PIETRO, 2005).

Em relação aos atos administrativos discricionários, a abrangência da atuação jurisdicional do Estado decorrerá da conjugação da garantia constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário com a margem de discricionariedade conferida pela Lei ao ato objeto de análise, devendo o órgão competente para julgar a demanda realizar tal ponderação. (MELLO, 2005).

Em torno dos atos discricionários existe uma controvérsia em relação a estes limites, havendo posições que defendam um controle restrito, limitando assim a análise a aspectos como a competência, a forma e a licitude do objeto, uma vez que a realização de um controle mais profundo implicaria numa clara violação à separação dos Poderes. Por outro lado, há quem defenda um controle mais amplo, uma vez que sendo a função do Poder Judiciário definida, função jurisdicional, não há qualquer arbitrariedade no regular exercício desta missão, mesmo que seja para promover o controle jurisdicional dos atos administrativos. (MEDAUAR, 2007).

Ainda em relação aos atos discricionários, DI PIETRO (2005, p.210) entende que “o controle judicial é possível **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei**”.

Assim, não poderá o Judiciário invadir este campo de escolha conferido à Administração Pública pelo legislador, pois do contrário, o juízo de oportunidade e conveniência que foi deferido ao agente público estaria sendo substituído pelo alvedrio do magistrado. (MEDAUAR, 2007).

Entretanto, tal limite imposto pela discricionariedade não é absoluto, cabendo, em todos os casos, uma análise do *quantum* de discricionariedade que foi utilizado

pela Administração Pública, ou seja, caso haja um desrespeito aos limites conferidos pela lei, o Poder Judiciário deverá analisar por completo tal ato, anulando assim a sua eficácia. Cabe salientar que tal juízo será feito com base na legalidade, uma vez que não sendo observados os limites conferidos pela lei haverá assim a prática de um ato ilegal, sem a competente previsão no ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2005).

Numa tentativa de se buscar um caráter mais objetivo a esse controle dos atos administrativos discricionários, algumas teorias foram criadas, em especial a ligada ao desvio de poder e a ligada aos motivos determinantes. Em relação à primeira, mesmo que o agente público atue de acordo com os limites estipulados pela lei, ele deverá buscar sempre concretizar o real desejo concebido pela legislação, que será, em regra, o bem público. Caso o magistrado verifique que, apesar de ter atuado dentro do campo de discricionariedade, o agente público descumpriu a real intenção da legislação aplicável, ele deverá anular tal ato, uma vez que ao deixar de cumprir a real finalidade da lei o agente público incorreu em desvio de poder. (DI PIETRO, 2005).

Em relação aos processos administrativos disciplinares, a teoria dos motivos determinantes ganha fundamental importância. Quando a Administração Pública, ao praticar um ato administrativo, mencionar os motivos que levaram a sua prática, tal ato, ainda que discricionário, deverá possuir total correspondência com tais motivos, não podendo seus fundamentos serem alterados sem a correspondente mudança do ato praticado. (DI PIETRO, 2005).

Assim, quando a Administração Pública, ao aplicar determinada sanção a um servidor investigado, utilizar como fundamentos fatos e provas colhidas ao longo da

instrução administrativa, ela deverá se prender a tais fundamentos, pois estes serviram de base para legitimar tal sanção. (DI PIETRO, 2005).

Neste sentido, e com base na teoria dos motivos determinantes, o Poder Judiciário poderá analisar tais fatos e provas que serviram de alicerce para aplicação da penalidade, e uma vez não existindo tais fundamentos tal sanção não será legítima, haja vista que não possuirá base fática e probatória para sua validade. Assim, nesses casos específicos, o controle judicial do ato administrativo disciplinar não ficará adstrito aos elementos de competência e forma, podendo invadir os motivos que determinaram a fixação da penalidade. (MEDAUAR, 2007).

Para efetuar este cotejo, o Poder Judiciário deverá analisar o prejuízo que uma possível nulidade pode acarretar para o servidor investigado, devendo assim ir além da simples comparação entre o ato praticado e a previsão legal, perquirindo assim outros elementos para decretar a invalidação de um ato praticado.

4.2 Nulidades

Conforme já relatado, o processo administrativo disciplinar é composto de uma sucessão ordenada de atos que objetivam um resultado final. Esta seqüência obedece às formalidades previstas na legislação, que nos processos administrativos disciplinares é composta, em especial, pelas leis nº 8.112/90 e 9.784/99. (MELLO, 2005).

Cada ato processual possui uma função específica na formação do todo – o processo. Entretanto, todos eles conservam as suas características, que os identificam em relação aos demais. (MELLO, 2005).

Neste sentido, para que os atos processuais sejam válidos, deverão encontrar sua correspondência legal, obedecendo ao preceito previsto na legislação específica. (TOURINHO FILHO, 2008).

Para se decretar a nulidade de um ato processual, é necessário ir além de uma simples comparação entre o ato praticado e a correspondência legal, ou seja, critérios outros deverão ser analisados, em observância aos princípios da economia processual e celeridade. (NUCCI, 2008).

Em se tratando de nulidades, a análise do prejuízo decorrente da suposta irregularidade ganha extrema importância, uma vez que a simples repetição do ato para seguir o que está contido na legislação não é aconselhável quando não houver prejuízo para as partes envolvidas em determinado processo. Com relação a este tema, NUCCI (2008, p.826) assevera que:

“(...) a forma prevista em lei para a concretização de um ato processual não é um fim em si mesmo, motivo pelo qual se a finalidade para a qual se pratica o ato foi atingida, inexistente razão para anular o que foi produzido”.

Assim, não aproveitando a nenhum dos interessados a decretação da nulidade de determinado ato processual, esta não deverá ser feita, uma vez que promoverá uma atuação contrária aos princípios da economia processual e celeridade. (NUCCI, 2008).

Tal entendimento acerca das nulidades decorre do princípio do *pas de nullité sans grief*, onde não será decretada a nulidade de um ato processual que não causou efetivo prejuízo para nenhuma das partes. (TOURINHO FILHO, 2008).

Decorre logicamente do entendimento acima descrito, de que não há nulidade sem prejuízo, o princípio da instrumentalidade das formas, por meio da qual as formas previstas em lei foram assim estabelecidas para obter um fim específico e, sendo obtido por outro meio, diverso do previsto legalmente, os atos praticados não devem ser descartados em decorrência de eventual apego às formalidades. Com isso, mesmo que um ato tenha sido praticado de forma diversa da estabelecida pela legislação pertinente, este não deverá ser taxado como nulo sem que tenha havido um juízo em torno da sua eficácia e em torno da existência, ou não, de prejuízo. (DINAMARCO, 2005).

Neste sentido, DINAMARCO (2005, p.597) ensina que:

“Diante dessa trama, o ato não será nulo só porque formalmente defeituoso. *Nulo* é o ato que, cumulativamente, se afasta do modelo formal indicado em lei, deixe de realizar o escopo ao qual se destina e, por esse motivo, cause prejuízo a uma das partes”.

Portanto, para se decretar, neste primeiro momento, a nulidade de um ato processual, deverão ser conjugados a sua correspondência formal com a previsão legal e a ocorrência, ou não, de prejuízo. (DINAMARCO, 2005).

Outra questão que deve ser obrigatoriamente analisada é a origem da suposta nulidade. Partindo do pressuposto de que ninguém pode se valer da própria torpeza, o servidor investigado não poderá argüir a nulidade de um ato praticado num processo administrativo disciplinar que ele mesmo havia dado causa, ou seja, a parte não poderá ser beneficiada pela decretação de uma nulidade que ele mesmo promoveu. (NUCCI, 2008).

No mesmo sentido, o Capítulo III, da Lei nº 9.784/99¹⁶, ao elencar os deveres dos administrados perante a Administração Pública determina, em seu artigo 4º, que é dever de qualquer litigante em processo administrativo agir com lealdade e boa-fé, ficando assim evidente que um servidor que provoque deliberadamente a ocorrência de alguma nulidade não poderá ser favorecido pela correspondente decretação de nulidade. (PEREIRA, 2008).

Após a análise destes elementos essenciais para a decretação de qualquer nulidade, será necessário, em virtude da própria noção de processo, determinar quais atos serão prejudicados pela invalidação de um ato isolado do processo. Tal relação, de causa e efeito, é denominada pela doutrina de princípio da causalidade, nulidade originária e nulidade derivada. (NUCCI, 2008).

Ao tratar do tema, sob o título de efeito expansivo das nulidades – nulidades inerentes ou decorrentes – DINAMARCO (2005, p.598) afirma que:

“A nulidade de um ato processual, como efeito de sua invalidade interior, pode propagar-se a outros atos, em si mesmos sadios, mediante um processo de *contaminação* capaz de comprometer até mesmo o procedimento inteiro, conforme o caso. Essa é uma *consequência da interligação dos atos processuais*, os quais não têm vida ou importância própria, mas somente na medida da sua integração em um procedimento e com vista ao resultado final a obter mediante a realização deste (*supra*, n. 629)”.

Ao se decretar a nulidade de um ato processual, outros que dele dependam podem ser prejudicados. Nesse sentido, um ato processual será nulo quando ele mesmo

¹⁶ Artigo 4º da Lei nº 9.784/99 - São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I - expor os fatos conforme a verdade;

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

III - não agir de modo temerário;

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

contiver um vício que o impossibilite de ter eficácia – nulidade inerente – ou quando ele, apesar de ser isoladamente válido, foi prejudicado pelo vício contido em um ato anterior – nulidade decorrente. (DINAMARCO, 2005).

Para caracterizar a nulidade decorrente, de um ato isoladamente válido, é necessário que o ato originariamente nulo seja precedente ao ato “contaminado” e que este seja dependente daquele, ou seja, não havendo essa relação de antecedência e dependência entre os atos, não há que se falar em efeito expansivo da nulidade. (DINAMARCO, 2005).

Portanto, verifica-se que, em sede de nulidades, são necessários diversos fatores para acoimar de nulo um ato processual, não podendo tal análise ser realizada com uma simples comparação entre o ato praticado e a correspondente previsão legal. É necessário inquirir se ocorreu um efetivo prejuízo para algumas das partes, pois do contrário, tal decretação não interessará a nenhum dos envolvidos. Além disso, fatores como satisfação da intenção do legislador, origem da nulidade e efeitos dessa em relação aos demais atos praticados são de fundamental importância, pois não há sentido em cassar a eficácia de um ato processual que atendeu, ainda que por outros meios, a finalidade contida na norma legal ou que decorreu de um ato praticado pela própria parte que a alega.

4.3 Mitigação da Aplicabilidade da Súmula Vinculante

Com base na tese de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório só são observados com a presença obrigatória do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a Súmula nº 343 no sentido de que “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Tal posicionamento visa conceber máxima aplicabilidade as garantias da ampla defesa e do contraditório. (NOBRE JUNIOR, 2008).

Numa visão prática de tal decisão, a Administração Pública estaria obrigada, caso perdurasse tal posicionamento, a reintegrar todos os servidores que questionassem judicialmente a legalidade de seu processo administrativo disciplinar, ficando assim obrigada a efetuar o pagamento das remunerações que não foram feitas no período em que o servidor foi demitido, sem mencionar as penalidades diversas da demissão, mas que possuem efeitos financeiros. (NOBRE JUNIOR, 2008).

Em sentido oposto, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, ao proferir a Súmula Vinculante nº 5, que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Este último entendimento se adéqua, em parte, aos princípios constitucionais ligados aos processos e à Administração Pública, uma vez que, sem criar a exigência obrigatória da presença do advogado, satisfaz as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ao contrário da súmula do STJ, que consiste numa orientação acerca do entendimento daquele tribunal, a súmula do STF possui força normativa vinculante, obrigando a Administração Pública e o judiciário a seguirem seu texto. (ALMEIDA, 2006).

Mesmo havendo essa força vinculante, as súmulas admitem interpretação. Entretanto, referida interpretação não se alinha com a interpretação de dispositivos legais que, por exemplo, aceitam interpretação *a contrario sensu*. (ALMEIDA, 2006).

Ainda que vinculante, a súmula do STF representa o entendimento deste tribunal sobre determinado assunto, não podendo sua análise abranger determinado ponto que não foi abordado durante a sua elaboração, sob pena de estar sendo criado um novo entendimento. (ALMEIDA, 2006).

Portanto, as diretrizes constitucionais ligadas à atuação do advogado devem ser encaradas conforme o caso concreto, e segundo as normas que regulam tal situação. (ABEN-ATHAR, 2007).

Ao definir que a advocacia é indispensável à administração da justiça o texto constitucional somente fez menção à atividade jurisdicional, função essa exclusiva do Poder Judiciário.¹⁷ A Constituição não definiu como obrigatória a presença dos advogados nos processos administrativos, principalmente nos disciplinares, não havendo assim óbice ao prosseguimento de procedimentos investigatórios sem a regular constituição de defensor por parte dos servidores públicos. (ABEN-ATHAR, 2007).

O Estatuto dos Servidores Públicos ao regular os processos administrativos disciplinares, em nenhum momento taxou com imprescindível a figura do advogado. Pelo contrário, possibilitou aos servidores investigados o exercício da autodefesa, observando assim os princípios do contraditório e da ampla defesa. Os servidores poderão acompanhar todo o desenrolar dos atos investigatórios, interferindo a qualquer tempo nos procedimentos realizados, bem como apresentando suas versões sob os fatos narrados.

¹⁷ Art. 133 da CF/88 – “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Como salientaram os Ministros GILMAR MENDES, CARLOS BRITTO, CEZAR PELUSO e MARCO AURÉLIO, durante o julgamento do RE nº 434.059-3/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 12/09/2008, a exigência contida no artigo 133 da Constituição Federal de 1988 não se aplica aos processos administrativos, uma vez que tal norma encontra exceções, inclusive, no âmbito judicial, com no caso das demandas submetidas à Justiça do Trabalho e aos Juizados Especiais. Além disso, tal dispositivo encontra-se inserido nas disposições relativas ao Poder Judiciário, dando a entender que se destina aos processos que tramitam no âmbito judicial, e não na esfera administrativa, pois essa não exerce função jurisdicional.

Apesar da previsão da autodefesa, existe a possibilidade de ser constituído advogado para a concretização de uma defesa mais técnica, não podendo a Administração impor qualquer empecilho a atuação do procurador constituído, sob pena de estar violando o princípio constitucional da ampla defesa, pois se em nenhum momento foi vedada a atuação dos advogados nos processos administrativos, não poderá o Poder Público influenciar na decisão do investigado sob a conveniência de se valer de uma defesa técnica. (ROZA, 2005).

Os processos administrativos disciplinares podem acarretar graves reprimendas aos servidores públicos, indo de uma simples advertência até a impossibilidade de regresso ao serviço público. Diante de tamanhas sanções, nada mais que razoável que o investigado na esfera administrativa possa utilizar um profissional devidamente instruído e gabaritado para tal serviço, que, por sinal, possui natureza extremamente técnica. Entretanto, caso o investigado opte por não utilizar os serviços de um advogado, não poderá a Administração Pública constituir para ele um procurador, pois a legislação aplicável aos

processos administrativos não determinou como obrigatória a presença dos advogados, ficando a atuação destes vinculada a intenção dos servidores investigados.

Além disso, a própria Administração Pública não tem poder coercitivo para determinar que determinado advogado realize a defesa de um servidor investigado, ficando esse poder adstrito aos magistrados. Assim, poderia haver situações em que a OAB ou Defensoria Pública não indiquem nenhum advogado ou defensor para realizar tal defesa. (ASSIS, 2008).

A intenção do legislador, ao possibilitar o exercício da autodefesa, ainda que prevendo a possibilidade da existência de procurador regularmente constituído, era deixar a cargo do próprio servidor investigado o juízo de conveniência acerca da melhor estratégia a ser seguida. Portanto, antes de taxar de nulos todos os processos em que o advogado não atuou, como fez o Superior Tribunal de Justiça, seria necessário analisar a finalidade da norma contida na legislação específica, que era possibilitar o exercício da ampla defesa.

Conforme a própria Lei nº 8.112/90, em seu art. 156, descreveu, “é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador (...)”, ou seja, a presença do advogado ficará condicionada ao intuito do servidor investigado, sendo que ele pode se valer da autodefesa como forma de concretização dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Além do mais, conforme ensinamento do Ministro GILMAR MENDES - RE nº 434.059-3/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 12/09/2008 – tais princípios são exercidos por meio do direito à informação, direito à manifestação e pelo direito de ver seus

argumentos considerados. Assim, cumpridas estas três exigências, mesmo que sem a presença de advogado, não haverá qualquer afronta ao texto constitucional.

Ademais, a própria composição da comissão encarregada de conduzir os processos disciplinares possui uma natureza leiga, já que seus integrantes não precisam ter conhecimento técnico de direito, o que não acarreta, em tese, nenhum prejuízo para exercício da autodefesa.¹⁸

Sem desmerecer o posicionamento que defende a obrigatoriedade do advogado, sob a alegação de que só assim o investigado estaria protegido dos desvios da Administração Pública, tal entendimento não deve prevalecer sem que haja a devida comprovação do prejuízo, sendo mantido o entendimento do Superior Tribunal Federal como regra geral, Súmula Vinculante nº 5.

Caso o processo sancionador esteja maculado por flagrante desproporcionalidade, ou a sanção imposta não seja a adequada para a conduta praticada (falta de razoabilidade), o interessado poderá instar o Poder Judiciário a se manifestar, reformando a decisão proferida, afastando qualquer prejuízo decorrente da ilegalidade praticada no âmbito do processo disciplinar. (PEREIRA, 2008).

Tal análise por parte do Poder Judiciário não se restringe a verificar se a autoridade processante e julgadora é a competente para tanto, e se as normas e ritos processuais foram observados. O Judiciário poderá adentrar no mérito, pois as decisões

¹⁸ Art. 149 da lei 8.112/90 – “O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado”.

tomadas nos processos administrativos disciplinares não possuem caráter discricionário, não havendo, portanto, juízo de conveniência e oportunidade que são característicos destes atos. Haverá discricionariedade apenas na dosimetria da pena que será aplicada. Tal entendimento se adéqua, inclusive, ao posicionamento do STJ¹⁹, que realiza um controle jurisdicional amplo das decisões tomadas nos processos disciplinares, não se restringindo a aspectos formais. (PEREIRA, 2008).

Existe ainda quem defenda um meio termo, no qual o julgador irá analisar se a defesa produzida única e exclusivamente pelo investigado é efetivamente técnica, ou seja, caso a comissão processante, ou até mesmo a própria autoridade competente para proferir a decisão, verifiquem que a atuação do investigado no processo é deficitária, será necessária a nomeação de um defensor dativo para que não ocorra nenhum tipo de nulidade processual. (PEREIRA, 2008).

Tal posicionamento decorre de uma análise casuística, onde terá de ficar claro o prejuízo decorrente da ausência de defensor dativo. (PEREIRA, 2008).

Entretanto, a despeito de tal entendimento, a Administração Pública não está obrigada a constituir um advogado, já que nos casos de indiciado revel o art. 164, §2º, da Lei nº 8.112/90 é bem claro ao afirmar que:

“Art. 164.

(...)

¹⁹ RMS 19741/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11.03.2008, DJ 31.03.2008 p. 1.

Neste julgamento o tribunal adentrou no mérito do processo administrativo disciplinar ao analisar recurso ordinário que alegava violação ao devido processo legal, não se limitando assim a aspectos formais dos processos administrativos disciplinares.

§2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado”.

Nos termos do dispositivo citado, a autoridade instauradora deverá designar um servidor como defensor dativo e não necessariamente um advogado, ou seja, caso fique latente que a defesa produzida compromete a ampla defesa e o contraditório, o Poder Público, utilizando-se da analogia, irá designar um servidor do próprio órgão, e não um profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

De qualquer forma, se houver prejuízo ao livre exercício da ampla defesa e do contraditório, ele deverá ser comprovado de forma concreta, não podendo ser fruto de simples presunções decorrentes da ausência de uma defesa técnica. (ABEN-ATHAR, 2007).

Além disso, tal nulidade não poderá ser decretada em virtude da estratégia de defesa do servidor investigado, uma vez que ele pode, deliberadamente, deixar de constituir defensor para futuramente suscitar uma possível nulidade. Nesse caso, restará comprovada a má-fé da parte, não podendo ela se valer da própria torpeza. (NUCCI, 2008).

A presença do advogado não foi, e não será, obstruída em tais procedimentos, já que a sua participação ajudaria em muito para conferir maior legitimidade a qualquer sanção imposta. A questão central é saber se a sua ausência causaria alguma ilegalidade.

Essa análise não pode ser feita de forma abstrata, devendo estar vinculada a casos concretos, onde se demonstrará o efetivo prejuízo decorrente de uma autodefesa deficitária que comprometerá o regular exercício da ampla defesa e do contraditório.

Conforme entendimento da Ministra CÁMEN LÚCIA - RE nº 434.059-3/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 12/09/2008 - tal hipótese poderá ser caracterizada quando o próprio servidor alegar, quando lhe for possibilitado à constituição de procurador, que a demanda é complexa de mais para que ele mesmo exerça a sua defesa, sendo assim necessário conhecimento técnico que não possui e com o qual não pode arcar.

Uma vez abordado tal tema durante a elaboração da Súmula Vinculante nº 5 do STF, ele poderá ser aplicado quando da interpretação deste enunciado. (ALMEIDA, 2006).

Portanto, não havendo nenhuma norma que impeça a regular constituição de advogado nos procedimentos disciplinares regulados pela Lei nº 8.112/90, a sua contratação é, na verdade, uma faculdade conferida ao investigado que, caso entenda ser necessário a utilização de uma defesa técnica, poderá utilizar os serviços de um especialista devidamente inscrito na OAB.

Apesar da literalidade da Súmula Vinculante do STF taxar como válido o desenvolvimento dos processos administrativos disciplinares sem a presença de uma defesa técnica realizada por um advogado, a sua interpretação deve ser amoldada aos casos concretos que irão surgir, não podendo se limitar a um preceito que deverá ser aplicado de forma intransigente a todos os processos disciplinares. (PEREIRA, 2008).

Neste sentido, PEREIRA (2008, p.69) oferece uma interpretação diversa do enunciado sumular que irá se adequar aos casos de comprovado prejuízo:

“A aplicação da Súmula Vinculante nº 5 do STF deve, portanto, ser compreendida exatamente neste sentido: não há, *per se*, vício na ausência de nomeação de defensor para servidor que tenha optado por se defender pessoalmente em processo administrativo disciplinar”.

Este posicionamento mitiga de certa forma o entendimento do STF acerca do assunto, possibilitando, de forma mais ampla, o acesso do investigado ao judiciário, mesmo que durante o trâmite do processo administrativo disciplinar. Entretanto, para obter a decretação de nulidade de algum ato processual praticado, o servidor deverá demonstrar o prejuízo de que a ausência do advogado lhe causou e, também, que a ausência deste profissional não decorreu de sua atuação do processo, ou seja, será necessário provar que ele não possui condições para contratar os serviços de um especialista – advogado – e que caso ele mesmo realizasse sua defesa essa seria deficitária, não satisfazendo as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho foi desenvolvido um discurso em torno do papel do advogado na esfera administrativa disciplinar, tendo sido apresentados argumentos para a sua obrigatoriedade e para a sua facultatividade.

Em sede inicial, foi necessário definir o que seria, propriamente, um processo administrativo disciplinar, tendo sido este conceituado como o instrumento que a Administração Pública possui para apurar possíveis infrações cometidas pelos servidores subordinados a ela, sendo assim um meio de regular a tutela hierárquica no serviço público.

Considerando que do processo disciplinar podem advir diversas sanções, ele deverá, obrigatoriamente, assegurar as garantias constitucionais previstas para os litigantes em processos administrativos e judiciais. Dentre elas, a mais importante é a do devido processo legal, que pressupõe uma investigação segundo normas e procedimentos pré-estabelecidos. Decorrência lógica deste direito são as garantias do devido processo legal e do contraditório, segundo as quais, o servidor tem o direito de apresentar sua versão dos fatos, devendo esta ser considerada pela comissão processante.

Após terem sido traçados todos os atos praticáveis na sindicância e no processo administrativo disciplinar, foi efetuada uma análise dos precedentes da Súmula nº 343 do STJ, tendo sido pinçados os pontos centrais de tais julgados.

O fundamento deste entendimento é que a ausência de advogado nos processos administrativos disciplinares afronta as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Segundo a tese vencedora, a mera

oportunidade de constituir uma defesa técnica não é suficiente, devendo a Administração Pública, em caso de inércia do servidor, nomear defensor dativo que deverá ser, necessariamente, um profissional inscrito na OAB.

Além desses argumentos, foi fixado que o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 é aplicável ao âmbito administrativo disciplinar, sendo que a ausência do advogado só pode ser aceita quando o próprio servidor for bacharel em direito e opte por realizar sua própria defesa.

Superada essa discussão no âmbito do STJ, com a edição de seu enunciado, o STF, divergindo do entendimento daquele tribunal, firmou posicionamento, de forma contrária, no sentido de que a ausência de advogado nos processos administrativos disciplinares não ofende a Constituição Federal de 1988, sendo assim editada sua Súmula Vinculante nº 5.

Esta tese decorre do fato de que a aplicabilidade da garantia constitucional da ampla defesa não decorre da obrigatoriedade de defesa técnica no âmbito administrativo disciplinar, sendo que tal direito fundamental se satisfaz com o conhecimento prévio dos fatos e fundamentos existentes, com o direito à manifestação e com a necessária análise dos argumentos apresentados pela defesa.

Em relação ao disposto o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, tal preceito constitucional não possui caráter absoluto, uma vez que além de ele ser aplicável exclusivamente ao Poder Judiciário, sua amplitude encontra certas exceções, como é o caso do *habeas corpus*, da revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais.

Apesar da redação inicial da Súmula Vinculante não fazer qualquer ressalva quanto a uma possível situação de obrigatoriedade de defesa técnica, os ministros do STF, durante a sua elaboração, apresentaram uma situação em que o servidor deverá ser assistido por advogado durante toda a instrução disciplinar. Caso o servidor alegue que a instrução processual é muito complexa para que ele próprio realize sua defesa e que ele, também, não possui condições de arcar com as despesas de um advogado o processo administrativo deverá contar com a presença de um defensor dativo, que poderá ser um membro da Defensoria Pública. Fora essa hipótese, os ministros não apresentaram nenhum outro caso em que o advogado deverá figurar, obrigatoriamente, ao longo da instrução processual.

Tendo a Súmula Vinculante do STF aplicação sobre toda a Administração Pública, caberá ao agente público o dever de aplicá-la sob pena de ter seus atos revistos pelo Poder Judiciário, podendo este analisar, além dos requisitos de competência e de forma, os motivos que determinaram a fixação da penalidade. Em todo o caso, o servidor investigado terá que provar que a atuação da Administração Pública lhe causou algum prejuízo, sendo necessária a comprovação de que a norma legal não teve sua finalidade atendida.

Por fim, após terem sido feitas essas explanações, verifica-se que o entendimento da Suprema Corte, ainda que não previsto expressamente em seu texto, prevê uma hipótese em que a presença do advogado será necessária, sob pena de não serem observadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, a melhor interpretação para a presença do advogado nos processos administrativos disciplinares é aquela apresentada por PEREIRA (2008), no sentido de que não há, via de regra, qualquer violação ao texto constitucional a ausência do defensor dativo

nos processos administrativos disciplinares, podendo o servidor investigado optar por realizar sua própria defesa.

Tal entendimento mitiga a aplicação da Súmula Vinculante nº 5 do STF, contemplando assim a hipótese em que a presença do advogado será obrigatória no processo administrativo disciplinar, ou seja, tal interpretação abrange a exceção que os próprios Ministros previram durante o julgamento do RE nº 434.059-3/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 12/09/2008, sendo que este foi a base do referido enunciado sumular.

REFERÊNCIAS

ABEN-ATHAR, Daniela Figueira. Do conceito de ampla defesa constitucional no processo administrativo disciplinar. **Revista da AGU – Advocacia Geral da União**, Brasília: Agosto, ano V, n. 13, 2007, p. 37-44.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Súmula do Supremo Tribunal Federal: natureza e interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Outubro-dezembro, ano 14, n. 57, 2006, p.223-234.

ARAÚJO, Clarissa Domingos. O processo administrativo disciplinar na perspectiva dos princípios constitucionais. **Novos Estudos Jurídicos**, São Paulo: Julho/dezembro, v.11 n.2, 2006, p. 353-361.

ASSIS, Jorge Cesar de. A efemeridade da súmula 343 do STJ. **Direito Militar**, São Paulo: Maio/junho, v.12 n.71, 2008, p.13-14.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 setembro 2008.

_____. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 setembro 2008.

_____. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 setembro 2008.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo disciplinar e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo** - v.31 n.131, p.58-82, jan. / 2006.

COSTA, Jose Armando. Controle externo do ato disciplinar. **Fórum Administrativo** - v.5 n.55, p. 6095-6111, set. / 2005.

COSTA JÚNIOR, Álvaro Luiz Miranda. Dos fundamentos da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça e a essencialidade do advogado no processo administrativo contencioso. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 8, n. 88, p. 60-66, jun. 2008.

_____. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, volume II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GRECHINSKI, Maria Isabel Pohl. Do julgamento político dos processos administrativos disciplinares e a necessidade de uma justiça administrativa disciplinar especializada brasileira. **Fórum Administrativo** - v.6 n.61, p. 6976-6990, mar. / 2006.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEAL JUNIOR, Candido Alfredo Silva. Ampla defesa e adequada instrução probatória em processo disciplinar instaurado contra magistrado. **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil** - v.21 n.72, p. 79-108, out. / dez. 2002.

LESSA, Sebastião Jose. A revisão do processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo** - v.3 n.24, p. 1854-1865, fev. / fev. 2003.

_____. Processo administrativo disciplinar: a súmula nº 343: STJ: DJ 21.09.07: Defesa técnica: Presença do advogado. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 84, p. 7-11, fev. 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Necessidade de justa causa para a instauração de processo administrativo disciplinar - impossibilidade do procedimento genérico para que seu curso se apure se houver ou não falta funcional. **Revista De Direito Administrativo** - n.231, p. 117-128, jan. / mar. 2003.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Processo administrativo disciplinar e o devido processo legal: considerações em torno da súmula 343 – STJ. **Fórum Administrativo** - v.8 n.85, p. 22-30, mar. / 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: RT.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. A indispensável defesa técnica nos processos administrativos disciplinares: um breve estudo sobre a súmula vinculante nº 5 do STF. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, p. 67-69, jun. 2008.

ROZA, Claudio. **Processo administrativo disciplinar & ampla defesa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Edson Jacinto da. **Sindicância e processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Habermann, 2004.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novíssimas reflexões sobre a necessidade de advogado no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, p. 47-58, jul. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Seção. MS nº 10.837/DF, Relator: Paulo Gallotti. Brasília, DF. DJ de 13.11.2006. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 setembro 2008.

_____. 5ª Turma. RMS nº 20.148/PE, Relator: Gilson Dipp. Brasília, DF. DJ de 27.03.2006. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 setembro 2008.

_____. 3ª Seção. MS nº 10.565/DF, Relator: Felix Fischer. Brasília, DF. DJ de 13.03.2006. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 setembro 2008.

_____. 3ª Seção. MS nº 9.201/DF, Relatora Laurita Vaz. Brasília, DF. DJ de 18.10.2004. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 setembro 2008.

_____. 3ª Seção. MS nº 7.078/DF, Relator Hamilton Carvalhido. Brasília, DF. DJ de 09.12.2003. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 setembro 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. RE nº 434.059-3/DF, Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF. DJ de 12.09.2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 setembro 2008.

_____. Plenário. MS nº 24.961-7/DF, Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF. DJ de 4.3.2005. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 setembro 2008.

_____. 1ª Turma. RE-AgR nº 244.027-2/SP, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF. DJ de 28.5.2002. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 setembro 2008.

_____. 1ª Turma. AI-AgR nº 207.197-8/PR, Relator: Octavio Gallotti. Brasília, DF. DJ de 24.03.1998. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 setembro 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 3º volume. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.